SAN CYRIACO. SANTA PAVLA.



POR

EL LICENCIADO IVAN Cruzado de Figueroa, Cura de la Parroquial de los Sãtos Martyres desta ciudad de Malaga.

EN EL PLEYTO.

Con el Doctor Frãcisco Perez de Baños, Medico, y Iuan Francisco de Baños su hijo.

SOBRE

La Capellania que fundò y dotò Domingo Perez difunto, vezino que fue desta dicha ciudad.

En Malaga lo imprimiò Iuan Serrano de Vargas y Vrueña, Año de 1637.

1 Omingo Perez vezino desta ciudad, estando enfermo de la enfermedad con que murio, otorgò su testamento ante Iosefe Benitez escriuano, en veinte ytres de Iunio de mil y seiscientos y treinta y seis, y en el fundò vna Capellania, que se ha de seruir en la Parroquia de los Santos Martyres, con cargo de quarenta Missas rezadas al año, y la dotò en quatrocientos ducados de principal, y llamò por Patrono y primero Capellan della, al dicho Licenciado Iuan Cruzado de Figueroa.

2 ¶ Despues, obligado, o violentado con halagos, persuasiones, y ruegos continuos del dicho Doctor Francisco Perez de Baños, Medico que le curaua, hizo vn codicilo ante Andres Gonçalez de Padilla en ocho de Iulio; en que reuocò el nombramiento del Licenciado Cruzado, y llamò y nombrò al dicho Doctor Baños por Patrono, y a Iuan Francisco de Baños su hijo, niño de dos años, por Capellan de la dicha Capellania, y que en el interin que tuuiesse edad, gozasse la renta della el dicho Doctor su padre.

3 ¶ Muerto el testador, en virtud del testamento, el Licenciado Cruzado pidio ante V.m. que los dichos quatrocientos ducados se erigiessen en Beneficio Eclesiastico, y que se le hiziesse colaciõ de la dicha Capellania. Fijaronse editos, y no auiendo parecido contraditor, se le hizo colacion en primero de Agosto. y sin contradicion se le dio la possesion, y estuuo quieto en ella, hasta que en ocho del mismo mes de Agosto el dicho

cho Doctor, como padre de su hijo, y por si, salio contradiziendo la dicha colacion, y pidio se declarasse por ninguna e inualida, como ganada con relacion siniestra, y mediante testamento, reuocado por el dicho codicilo que presentò.

4 ¶ El Licenciado Iuan Cruzado pretende se sustente la dicha colacion, poniendo al dicho Doctor y su hijo perpetuo silencio; por dos medios, que se diuidiran en otros tantos Articulos.

5 ¶ En el primero se fundarà, que la disposicion del dicho codicilo fue nula ipso iure, como meticulosa, y hecha mediante fraude, sugestion, y ruegos importunos del dicho Doctor, a quien el testador deuia reuerencia y miedo justo, bastante para anularla; y en el se ponderarà lo necessario de las prouanças que han hecho ambas partes.

6 ¶ En el segundo, que la institucion del Doctor Baños por Patrono y vsufrutuario; y de Iuan Francisco de Baños su hijo por Capellan de esta Capellania, fue nula, ilicita y reprouada, como disposicion meramente lucratiua y graciosa, hecha por enfermo en fauor del Medico que le curaua, y de su hijo constituido debaxo de su patria potestad, y por contemplacion y a instancia de su padre. Donde (aunque breuemente) se satisfara a las objeciones contrarias.

ARTICVLO PRIMERO.

7 OMitiendo, que lo que dixeremos de los testamentos, se ha de entender tambien de los codicilos, porque sin contradiciō son

y se

y se tienen por parte del testamento, *l. quidam refe runt 14. ff. de iur. codicil.* ibi: *Quod codicilli pro parte testamenti habeantur.* Cephal. *consil.* 525. *num.* 1. & 15. *lib.* 4 y que lo que se escriue en los codicilos, se reputa como si se huuiesse escrito en el testamento, *l.* 2. *§. codicillorum el* 2. *ff. eodem:* lo qual procede, aũque el codicilo se haga mucho despues que el testamento, *l. conficiũtur, §. si ei seruo, ff. eodem,* Cephal. *supra, num.* 11.

8 ¶ No es necessario disputar, si el testamẽto metu factum es nulo: porque es tã cierto apud omnes, que seria negar principios de derecho afirmar lo contrario. Lo que disputan los Doctores es, si el testamento metu factum, sit ipso iure nullum, aut veniat rescindendum: y la opinion mas verdadera, seguida y praticada es, quod sit ipso iure nullum, vt inter alios docent Ioann. de Immola, in *l.* 1. *num.* 4. *ff. de testam.* Iasson in *l.* 1. *num.* 3. *C. si quis aliquem test. prohib.* Rubeus *in repet. l. non solum, §. morte, num.* 222. *ff. de oper. noui nunt.* Petr. Gregor. *lib.* 44. *syntag. cap.* 6. *num.* 6. Menchaca *de suces. creat. lib.* 2. *§.* 17. *requisito* 22. *num.* 5. Balthasar Mogollon, *de metu, cap.* 9. *num.* 25. Spino, *in specul. test. in glos. rubricæ,* 2. *part. num.* 5. Farinat. 2. *par. fragment. verb.* metus, *num.* 43. dominus Pichard. *in §. actionum* 28. *num.* 26. *inst. de act.* & nouissime hanc partem defendit, & contrariæ motiuis ex professo satisfacit don Ant. Cabreros, *in delineatione de metu, lib.* 2. *cap.* 20. *a num.* 38. cuyos fundamentos son irrefragables.

9 ¶ Porque para testar se requiere voluntad y consentimiento, cõ calidad de plena libertad, y assi totalmente absoluta, y libre para disponer, *l.* 1. *C. de sacrosanct. Eccles.* ibi: *Liber sit stylus.*

Peralta

Peralta, *in l. si quis, in princip. num.* 94. *&* 132. *ff. delegat.* 3. Pater Molina, *de iust. tract.* 2. *disp.* 135. *vers.* Quoad secundum, Gerard. Maynard. *decis. Tholos.* 6. *num.* 10. *lib.* 5. dom. don Ioan del Castillo, *lib.* 3. *controu. cap.* 1. *num.* 6. & fere per tot. *cap. & lib.* 4. *cap.* 22. *num.* 19. & fere per totum. Y no auiendo cosa mas opuesta a la libertad que el miedo, *l. nihil* 116 *ff. de regul. iur.* bien se sigue, que la disposicion en que interuiene, es nula en la raiz, y assi ipso iure.

10 ¶ Quibus prælibatis: para que el testamento se entienda hecho por miedo y fuerça (aũque Gabriel Pereira, *decis.* 30. *num.* 2. y el Padre Fr. Basilio de Leon, *de matrimon. lib.* 4. *cap.* 11. afirman, bastar para este efeto solo el miedo reuerencial, por ser, como dizen, miedo graue) abrazando la mas escrupulosa resolucion; dezimos, que para ello, y para que sean nulas semejantes disposiciones, basta el concurso de miedo reuerencial, con ruegos, persuasiones y sugestiones inmoderadas e importunas, Bart. & DD. in *l.* 1. *§. quæ onerandæ, ff. quarum rer. act. non det.* Parisius, *consil.* 26. *num.* 46 *volum.* 3. Menoch. *de arbitr. lib.* 2. *cent.* 2. *casu* 136. *nu.* 8. Hondedeus, *consil.* 29. *num.* 8. *&* 9. Andr. Fach. *lib.* 2. *contr. cap.* 96. Ceuall. *com. contra com. quæst.* 727 *ex num.* 21. Pater Thom. Sanch. *de matr. lib.* 4. *disp.* 6. *per totam*, d. don Ioan. del Castillo omnem materiam, & de ea tractantes eximie complectens *d. cap.* 1. *a num.* 119. *tom.* 3. Ioan. Petr. Fontanel. *de pact. nupt. tom.* 2. *claus.* 7. *glos.* 2. *par.* 3. *a num.* 35. Melchior Phæbus, *decis. Lusit.* 25. per totam, Peregrin. *de iur. fis. lib.* 2. *tit.* 6. *num.* 9. sin que aya dudado alguno, que en esta materia los ruegos importunos, de persona a quien se deue respeto y reuerencia, tengan y produzgan efeto y fuerça de justo miedo,

baſtante a caer en varon conſtante, y tal que haga meticuloſo y violento el acto en que interuienen.

11 ¶ Porque (aunque ſea aſsi, que es licito a qualquiera, pedir y rogar al teſtador le inſtituya o mande algo; eſto ſe ha de entender, como aduirtio agudamente Pedro Pechio, *de teſtam. coniugum*, dummodo abſit fraus, & dolus, & *maritali ſermone*, per text. in *l. vlt. C. ſi quis aliquem teſt. probib.* ideſt, blanda y amigablemente, ſin dolo, o cauila cion alguna) ſemejantes ruegos ſon verdadera violencia, text. in *l. 5. C. de Apoſtat.* l. 1. ibi: *Como manera es de fuerça ſolſacar, tit. 19. par. 7.* text. in *extraua. execrabilis, de præben.* ibi: *Non tam obtinuiſſe, quam extortiſſe plerumque noſcuntur*, vbi gloſ. verb. *quam extorſiſſe*, ait. *Ab initio per talem importunitatem, cap. fin. de reſcrip. in 6.* ibi: *Quia per ambitioſam importunitatem petentium.*

12 ¶ En los quales textos, y en la *l. 1. C. de pet. bonor. ſublata*, ibi: *In verecunda petentium inhiatione conſtringimur*, ſe ha de notar, que ſemejantes ruegos e inſtancias, no ſolo violentan a los particulares, ſino a los miſmos Principes, exornant Thomas Sanch. *ſup. d. diſp. 7. nu. 4.* dom. Caſtillo, *d. cap. 1. a num. 13.* Bobadil. *lib. 2. Polit. cap. 10. num. 63.* & *cap. 16. num. 78.* & *cap. 28. num. 28.* para lo qual ſe ſuele ponderar aquel Hemiſtichio vulgar.

Eſt orare Ducum ſpecies violenta iubendi,
Et quaſi nudato, ſupplicat, enſe potens.

De donde prouiene, que el teſtamēto hecho por importunidad y ruegos ſin otro adminiculo, ſe preſume hecho por miedo, Tiber. Decian. *cōſil. 65 num. 2. volum. 1.* Cardinal. Mant. *de coniect. lib. 2. cap. 7. n. 4.* & nouiſsime Cabreros *ſup. d. lib. 2. c. 20. n. 53.*

13 ¶ Y para que no quede duda alguna de quales ruegos se diran propriamente importunos, estos lo son, quando con instancia se repitieron, y continuaron por muchas vezes, Thom. Sanch. *supra num.*8. dom. Castill. *d.cap.*1. *num.*125. sin que sea necessario prouar, que interuino algũ genero de dolo, mas que el que se induze de los ruegos y persuasiones importunas, Castill. *supra num.*137. *& lib.*4.*cap.*22.*num.*21. *&* 22. cum persuasio dolosa plus sit quam violenta coactio quæ ex persuasionibus præsumitur, Francisc. Viuius, *decis.* 160.*num.*2.*lib.*1.

14 ¶ Lo qual se prueua por presunciones y congeturas, por ser difficilis probationis, Mãtica, *d.lib.*2.*tit.*7.*num.*3.4. *&* 5. Alexan. Raudensis, *decis.* 45.*per totam*, Castillo, *supra num.*70. Mogollon, *de metu, cap.*10.*§.*3.*num.*10. Farinat. *in fragment. d.verb.* metus, *num.*181. Cabreros, *supra lib.*1. *cap.*9.*num.*3. *& sequentibus.*

15 ¶ Y aunque ha auido autor graue, que afirma, que para este efeto y prouança, basta vn testigo solo, que es Bartholome Cepola, *cautel.* 114. lo que mas se pide, es vn testigo adminiculado de otras presunciones, Bal. *cõsil.*162.*lib.*4. Boerius, *decis.*101. *num.*9. vbi de vnico teste cum alijs deponentibus de auditu, Mascard. *de probat. concl.* 1053.*num.*7.

16 ¶ Que sera pues, donde como en nuestro caso tenemos tres testigos de vista y oydas al mismo testador? que son Mariana Muñoz su muger, que a la segunda pregunta dize, que auiendo sabido della el Doctor Baños, que su marido auia otorgado testamento, la dixo; que porque no le auia dexado la Capellania a vn hijo suyo, porque

que era muy pobre; y que por su vida rogara de su parte a su marido, que reuocasse el testamento y nombrasse a su hijo por Capellan, y que por amor de Dios lo hiziesse; y que ella y el Doctor hablaron al testador sobre ello: el qual respondio, que Dios le daria salud, y trataria de lo que mejor le estaua; y el Doctor le boluio a persuadir cō mucha instancia hiziesse la dicha reuocacion, y todos los dias a tarde y a mañana, que le yua a visitar, hazia lo mismo: hasta que el testador dixo a la testigo, que cansado de las muchas persuasiones que el Doctor le hazia, queria hazer lo que le pedia, y llamaron vn escriuano, y ante el se hizo la reuocacion y nombramiento.

17 ¶ Alonso Beltran viñero, que otro dia despues de otorgado el testamento, oyò dezir a Domingo Perez vna y muchas vezes, que le despidieran al Doctor Baños Medico, porque le importunaua mucho, y hazia fuerça, que nombrasse a vn hijo suyo en la Capellania que auia fundado, y que vio que el dicho Doctor yua mas de seis vezes al dia, a ver al dicho Domingo Perez: y que fue muy publico, que el llamamiento del Licenciado Cruzado se auia hecho muy de volūtad, y que para su reuocacion y segundo nombramiento, auia sido muy violentado el testador.

18 ¶ Lo mismo concluyen Catalina Gutierrez, y que la reuocacion fue el dia que le olearō; Maria de Ouiedo, Catalina Ximenez y Bartolome Sanchez.

19 ¶ Francisco de Leon viñero, que dos, o tres dias despues de otorgado el testamento, vio que el Doctor Baños traxo vn regalo, y dixo a Mariana Muñoz, que por amor de Dios hiziesse

con

con su marido, que reuocara el testamento en quanto a la Capellania, y nõbrasse vn hijo suyo: y que todo lo mas del dia no se quitaua de su cabecera el Doctor Baños: y que la mañana del dia en que se hizo la reuocacion, le dio al enfermo vn parasismo, y se le traxo vn Auito de san Francisco.

20 ¶ Con lo qual viene a tener el Licēciado Cruzado la mas superior prouança que se puede pedir, pues en ella se cumple con quantos requisitos quieren los Doctores in probatione metus, quæ trahi debet ad probationem actus facti ob importunitatem eius cui reuerentia debetur, ex dictis, & dicendis: porque si dizen, que metus regulariter non præsumitur, & propterea qui metum allegat probare debet, aqui ay suficientissima prouança per allegantem metum ad tradita per Farinat. *supra num.* 167. Cabreros, *d. cap.* 9. *num.* 1. *&* 2. Si piden que el miedo se prueue in specie, & non in genere, aqui està prouado especialissimamente para el acto de la reuocacion del testamento, Farinat. *sup. num.* 168. Si dizen que basta vn testigo adminiculado, aqui ay tres mayores de toda excepcion, que concluyentissimamente lo prueuan.

21 ¶ Quiere la parte contraria oponerse a esta prouança con otra; y como prouado el miedo saltim por dos testigos, no se puede admitir prouança directa in contrarium, que fue dotrina original de Innocētio, in *cap. super hoc* 4. *de renuntiat. num.* 2. ibi: *Quia si spoliatus per duos testes probat violentam spoliationem, non valet aduersario aliqua probatio super spontanea voluntate, etiam si per centum testes probaret: cum reddant testimonium de intentione quæ*

 soli

soli Deo cognita est; & ideo eius testimonium non valet: at ille qui probat vim, vel metum, vel dolum, probat quod oculo vidit, &c. A quien siguieron despues los muchos que refiere Farinat. *supra, num.* 171. de donde dixeron Baldo, in *l. fin. in fin. C. de haer. inst.* y Cornelio Benincasio, in *tract. de pauper. & eius priuileg.* quod probato metu, est quasi impossibile contrarium probare.

22 ¶ Todavia intentaron prouar el cuydado, asistencia y regalos, con que el Doctor Baños curò al enfermo, que es en sustancia concluir el intento del Licenciado Cruzado, pues de la demasiada e insolita asistencia, diligencia y regalos del dicho Doctor, se cõuence su malicia, quia insolita diligentia fraudem arguit Decius, *consil.* 448. *num.* 23. Menoch. *consil.* 260. *num.* 4. *lib.* 3. & cõ*sil.* 1227. *num.* 22. *lib.* 13.

23 ¶ Y assi Andres Gonçalez de Padilla escriuano, ante quien se otorgò el codicilo, y Iuan de Ascarate su oficial, no le aprouechan cosa alguna: porque el escriuano no podia dezir que precedieron miedo y sugestiones, pues pecarà y delinquiera contra la legalidad de su oficio, si con todo esso otorgara el codicilo: y su presencia no es bastante, para que con ella cesse la causa del miedo ad liberè disponendum, como se dize del Principe, del Iuez, de los parientes, &c. vt videre est apud Farinat. *supra a num.* 149. *vsque ad* 160. y estos dos, y los demas testigos, solo deponen del tiempo del otorgamiento.

24 ¶ Con que auiẽdo precedido ya las importunaciones y sugestiones del dicho Doctor, non censetur metus purgatus, eo quod influit talis metus in actus subsequentes, vt in terminis cõ

siderat

ſiderat Petrus Pechius, *vbi ſup. lib. 1. cap. 3. num. 3.* ibi: *Quia quando ſunt vera acta intrinſeca violentiæ, licet is qui timet violentiam faciat animo læto, & iucundo, non propterea minus per metum feciſſe videtur*, ſequitur Farinac. *ſupra num. 161.*

25 ¶ Maxime, ſi como en nueſtro caſo in graui infirmitate conſtitutus erat teſtator, quia timet derelinqui, ſi negat ea quæ petuntur: optime dom. Caſtillo *ſup. d. cap. 1. num. 132.* Y nueſtro teſtador otorgò el codicilo el dia que le olearon, que fue a ocho de Iulio, y vno antes de ſu muerte (pues ſe enterrò a diez del miſmo mes) eſtando ya con paraſiſmos, y el Auito ſobre la cama, & ſic quando erat mortis propinquæ cogitatione turbatus, ac ideo non integræ, nec ſanæ mentis, Caſtrenſis, *conſil. 155. num. 2. lib. 1.* Mant. *de coniect. lib. 2. tit. 6. num. 3.* dom. Caſtill. *d. lib. 4. & cap. 22. num. 16.*

26 ¶ Baſtauanos para concluir eſte articulo, que caſi todas las dotrinas referidas, y las que junta y ſigue dominus Caſtillo por todo el *cap. 22.* del *libro* 4. ya citado, hablan indiſtintamente de las vltimas diſpoſiciones hechas mediãte fraude e importunidad, y ſugeſtiones demaſiadas, y que aya dicho el Padre Thomas Sanch. *d. lib. 4. diſp. 6. quæſt. 4. num. 25.* que el miedo reuerencial datur in eo qui iure aliquo ſubiectionis alteri ſubeſt, que es razon general que quadra muy bien al enfermo, para con el Medico que le cura: pero porque quando no ſe habla en terminos terminãtes (como dizen) parece no queda deſcanſado y ſatisfecho el juyzio.

27 ¶ Es tan conſtante como lo que mas (ſin que ayamos viſto contraditor) que ſe da reuerencia

484

uerencia y miedo justo en el enfermo respeto del Medico, cuius perfidia iuste timetur, & probabiliter nobis nocere potest, Bartol. in *l. interpositas*, *num.*5. *C. de transact.* vbi Romanus, *num.*10. & Alciat. *num.*20. Iasson, *in §. quadrupli*, *num.*57. *inst. de act.* Azeued. in *l.* 7. *tit.* 16. *lib.* 2. *nouae compilat.* Mogollon, *de metu, cap.*6. *num.* 2. & magis in indiuiduo Ranchinus, *in annotat. ad decis. Delphinatus*, Guidonis Papae, *decis.* 102. vbi asserit quod factum Medici cum infirmo rescinditur tanquam factum metu alicuius futuri mali, & dicemus infra artic. 2.

28 ¶ De aqui nacio entre los Autores de buenas letras, el dezirse prouerbialmente del Medico, *qui nocere potest, & idem prodesse*, vt refert, & illustrat Erasmus *Adagiorum Chiliade* 3. *centuria* 9. *adag.* 74. y Seneca el retorico, *controuer.* 28. *lib.* 4. quod *Medici vim afferunt*, y el otro famoso Anneo Seneca el Filosofo, hablando del Maestro y del Medico, *lib.* 6. *de benef. cap.* 16. *Atqui horum omnium apud nos* (dize) *magna caritas, magna reuerentia est*; y alli pinta con su acostumbrada elegancia y viueza, la diferencia que causa en la curacion, el tener al Medico bien, o mal afecto: porque este vltimo, *nihil amplius* (asserit) *quam manum tangit, & me inter eos, quos perambulat, ponit, sine vllo affectu facienda, vitanda vè praecipiens.* Y mas abaxo: *Quae sciebat malignè dispensauit, quo diutius esset necessarius.* Pero el otro, *plus impendit, quam Medico necesse est, non fuit contentus remedia monstrare, sed admonuit: interea sollicitus assedit, ad suspecta tempora occurrit: nullum ministerium oneri illi, nullum fastidio fuit.*

29 ¶ Parece que dictaua aqui el gran Filosofo, el articulo tercero de la prouança que ha hecho el Doctor Baños, y lo que nuestros testigos

gos dizen de sus visitas, seis y ocho al dia; assistir a la aplicacion de las medicinas, traerle regalos, no quitarse de su cabezera, &c. oficios todos no de caridad medica, pues no se exercitan con los demas enfermos, sino quæ fraudem arguunt, vt diximus num. 22. y vna ansia captatoria de la pobre Capellania. *Circuitores* llamò la antiguedad a los Medicos, vt insinuat Diuus Lucas in *Actib. Apost. cap. 19. num. 13.* & testantur Modestinus in *l. 6. ff. de excusat. tut.* id enim significat verbum illud Græcum περιοδευταί, & Cælius Rhodiginius, *lect. antiq. lib. 29. cap. 11. in fine*, quia circuibant, & obambulabant vrbem Medici; pareciole al Doctor Baños moderado atributo, y assi querra le llamemos cercador, o atajador del enfermo, o de la Capellania.

30 ¶ Y porque nos haga toda la costa para el intento aquel insigne Cordoues, es locucion muy suya, *quod Medicus imperat*, y assi en el *lib. 1. de ira, cap. 16. Si intrarem, ait, valetudinarium exercitatus, & sciens, non idem imperassem omnibus.* Vnde Terentius in persona Medici, in *Andria, act. 3. scena 2.*

Quod iussi dare bibere, & quantum imperaui
Date. Et paulò post.
Non imperabat coram, quid facto opus esset, puerperæ.

Con que se autoriza la frasis de nuestro idioma Castellano, quando vniformemente preguntamos, que mandò el Medico? y se nos responde: esto, o aquello mandò; y con gran propiedad: porque qual imperio es mas poderoso para el enfermo, que el del Medico? a quien muestra el doliente igual rendimiento, igual reuerencia? lo que el superior, el padre, el señor, el amante, el amigo,

no consiguieran con exquisitas caricias y ruegos, lo vence el Medico con vna voz, con vna palabra, con vn ceño: que pues de la fè con que el paciente abraza sus mandamientos? la ceguedad y prissa con que los executa? que credito les da, aũ contra el propio sentimiento?

31 ¶ Conociolo Plinio el mayor, y da la razon dello, *lib.29.natural.histor.cap.1.* ibi: *Itaque Hercule in hac artium sola euenit, vt cuicumque se Medicum professo statim credatur, cum sit periculum in nullo mendacio maius, non tamen illud intuemur: adeo blanda est sperandi prosecuique dulcedo.* Laudat Petrus Roicius, *decis. Lituanica 1. num.* 81.

32 ¶ En suma, y para que concluyamos el assunto, no es igual el imperio del Principe en sus vassallos, al que el Medico tiene en sus enfermos; encarecimiẽto de cuyo empeño nos sacarà aquel gran Rey Theodorico, quando hablãdo a su nueuo Protomedico, se lo confiessa assi en Casiodoro, *lib. 6. epist. 19. in fine,* ibi: *Fas est tibi nos fatigare ieiunijs; fas est contra nostrum sentire desiderium; & in locum beneficij dictare, quod nos ad gaudia salutis excruciet. Talem tibi denique licentiam nostri esse cognoscis, qualem nos habere non probamur in cæteros.* Palabras que vencen quanto emos dicho, y se pudiera dezir.

33 ¶ De modo, que el codicilo en que Domingo Perez reuocò el nombramiento del Licẽciado Cruzado, y llamò al Doctor Baños y a su hijo, es nulo ipso iure sin controuersia, por disposicion meticulosa hecha en el vltimo trance de la vida, mediante fraude, sugestion, persuasiones y regalos continuos de vn Medico, a quien por serlo, sin otra circunstancia, deue reuerencia, y tiene justo

justo miedo el enfermo, alterando otra primera disposicion, hecha espontaneamente, y mas fauorable a los parientes del testador, que perseuerò en ella por mas de quince dias.

34 ¶ En que se han de ponderar dos conjeturas muy considerables, que en fauor de nuestra parte concurren; vna es, la mudança de voluntad en el testador, que no se presume; quilibet enim persistere præsumitur in ea voluntate in qua semel fuit, & eam non mutare, *l. Lutius la 2. ff. de leg. 2. l. eum qui voluntatem, ff. de probat.* Alex. *consil. 133. num. 3. volum. 1.* etiam dato longo temporis interuallo, glos. & DD. in *l. 1. C. de seru. fugit.* Iasson, in *l. sancimus, in 3. notab. C. de testam.* maximè quãdo prima voluntas erat dispositiua, & iam perducta ad actum, que es nuestro caso, vt declarat Mantica, *de coniect. lib. 5. tit. 15. num. 6.* Petr. Surd. *consil. 202. num. 18. & consil. 241. num. 20.* & Aluarad. *de coniect. men. defunc. lib. 3. cap. 2. num. 21. cum seqq.*

35 ¶ Otra es, la reuocacion y priuacion, sin que para ello precediesse causa del nombramiento ya hecho en fauor de vn Sacerdote honrado y virtuoso, cosa asperissima a toda humanidad y vrbanidad, cum facilius tollatur ius querendum, quam quæsitum glos. & DD. in *l. seruus, C. de pact.* & difficilius destruatur quod iam factum est, quã quod est in fieri *l. patre furioso, ff. de his qui sunt sui, vel alien. iuris,* vnde illud vulgare dicterium, *turpius ejcitur, quam non admittitur hospes,* Tiraquel. *de constitut. par. 3. limit. 7. num. 43.* Curtius iunior, *cons. 108. num. 23.*

36 ¶ Y al fin por complemento notamos otra nulidad insanable que padece esta disposicion, llamandose en ella por primero Capellan

el

el dicho Iuan Francisco, niño, incapaz de todo Beneficio Eclesiastico, por su edad de dos años, *ex Sancto Concil. Trid. sess. 25. de reformat, cap. 6. & DD.* quos larga manu congerit Aug. Barbosa, in *collectan. Doctorum ad Concil. d. cap. 6. num. 1.* y por no ordenado de Ordenes algunas, Ceuall. *comm. cont. comm. quæst. 703. num. 4.* Calidades que deuen preceder a la eleccion y nombramiento, y no las suple la capacidad que despues sobreuiene, quia ad hunc effectum requiritur habilitas a principio, & non retrotrahitur, *cap. si eo tempore 9. de rescriptis, in 6. cap. dudum 22. de elect. & vtrobique DD.* Ceuallos, *quæst. 666. num. 6.* Que todo haze que con mayor confiança dexemos este Articulo, y passemos al que ya nos aguarda.

ARTICVLO SEGVNDO.

37 AVnque con lo dicho pudiera el Licenciado Iuan Cruzado prometerse con seguridad la vitoria, no se la afiança menos la llaneza del intento deste Articulo, cuyo assunto es fundar, que fue nulo el nombramiento de Patrono y Capellan, hecho en fauor del Doctor Francisco Perez de Baños, y Iuan Francisco de Baños su hijo, niño de dos años, como acto prohibido por derecho. Para lo qual, y ajustar los terminos deste pleyto, suponemos lo siguiente.

38 ¶ Lo primero, que el padre y el hijo son y se reputan por vna misma cosa y persona, quia filius dicitur portio paterni corporis, quæ transfussa est in procreatione ipsius filij, per *l. cum scimus in fine, C. de agricol. & censit. lib. 11. l. fin. in fine, ff. de impub. & alijs subst.* Mant. *de coniect. lib. 11. tit. 12. num.*

*num.36.*Petr.Surd. *consil.461. num.14.* & dicuntur vna caro,& habentur pro vno capite, Iasson, in *l. in suis,ff.de lib.& posth.* Y assi lo dispuesto en el hijo,se entiende tambiẽ del padre,& econtra. Surd. vbi sup.proximè,Philipp.Pascalis,*de virib.patr.potest.par.4.cap.1.in princip.*& fere per totum.

39 ¶ Y si toda via se nos replicare, que en las materias odiosas y penales no se da estension de caso a caso,y de persona a persona,aunque milite la misma,y aun mayor razon,ex Immola, in *l.si vero,§.de viro,col.8 ff.solut.matr.*& Gabri. Aluarez,in *axiomat.iur.lit.P.n.52. cum seqq.* se satisfaze, lo vno,que quando concurren las mismas calidades en la vna persona que en la otra,bien se da extension,*l.sed si mandante,ff.de precario,* Aluarez *supr.lit.E.num.141.*

40 ¶ Tum, porque tienen las vltimas disposiciones y sus partes entre si tanta connexion, que si el testamento està imperfeto ratione volũtatis,aunque sea en vna minima parte, entonces se vicia ipso iure todo el, *l.si quis cum testamentum 25.ff.de testam.* en tanto grado, que aun entre los hijos no es valido, vt notant Crassus, de *sucess. q. 19.*& Tiraq.de *priuil.piæ caus.priuileg.6. & 7.* Luego ridiculo seria confessar esto, y afirmar que la institucion del hijo es valida,no pudiendo dezirse,que lo es la del padre.

41 ¶ Præterea quando el testigo testamentario fue violentado para assistir al testamento, es nulo ipso iure: mirabilis text. in *l.qui testamento 20.§.fin.ff.eodem*:porque en esta materia, la voluntad forçada no es voluntad,ni se tiene por tal,Fachin.*lib.9.cap.15.* Conan. *lib.9.comment. cap.2.& 3.* Luego si como dexamos fundado en el Articulo precedente,la disposicion toda fue nula por meticulosa,y en el derecho se hallan tantas especia-

lidades en fauor de la libertad para testar, bien admitiremos estension del hijo al padre, aun quãdo el no fuera tambien aprouechado en el codicilo, con el Patronazgo y vsufruto desta Capellania.

42 ¶ Fuera de que cessa toda duda, y sea el segundo presupuesto, con que en materia de vltimas voluntades, todas las vezes que es prohibido a alguno por particular razon, percibir vtilidad del testamento para si mismo, se le prohibe tambien el percibirla para el hijo que està constituido debaxo de su patria potestad: para lo qual ponderamos vn texto notable en la *l.impuberẽ 22 §.1.ff.ad l.Cornel.de fals.* donde dize el Iure Consulto Paulo, que si el padre escriuiere algun legado para su hijo cautiuo en poder de enemigos, caera en la pena del Senatus Consulto Liboniano, si saliere de cautiuerio el hijo: pero si muriere en el, quedarà el padre libre de la pena. Ecce como la prohibicion puesta al escritor del testamento, per totum *tit.C.de his qui in test.sibi adscribunt*, tiene extension en su hijo debaxo de su potestad, por cõsiderarse la misma razon en el vn caso q̃ en el otro: obseruat Tiraq. *de priuileg.piæ cau.priuil.63. in prin.*

43 ¶ Lo tercero suponemos, que aũque es cierto quod relictum alicui præsumitur relictũ m eius contemplatione, non alterius, vt notat Bald. *in l.vlt. n.6.ff.quibus ad libert. proclam. non licet*; esta regla entre otras, padece dos limitaciones q̃ hazen a nuestro proposito: la vna, que entonces se presume auerse dexado vna cosa por contemplacion de solo el padre, quando para ello no precedieron meritos algunos en el hijo, sino solamẽte en el padre, Socin.senior, *conf.72.n.10. vers.Præterea, vol.5.* Mant. *de coniect.lib.8.tit.16.nu.6.* La otra es, si el testador solo conocia y trataua al padre y

no al hijo, porque tambien entonces se presume, que lo que mandò al hijo fue por contemplació de su padre, *l. sed si plures, §. in adrrogato, ff. de vulg. & pupil.* Socin. *d. cons. 72. n. 10.* vers. *Sed prædictis non obstantibus*, Manti. *vbi proxime n. 7.*

44 ¶ Lo quarto y vltimo, que el legado es propia y verdadera donacion, y asi se difine, vt, *legatum sit donatio quædam à defuncto relicta, ab hærede præstanda, l. legatum 36. ff. de leg. 2. §. 1. inst. de legat. l. 1. tit. 9. p. 6.* y no sin razon, por considerarse regularmente en la vna y otra disposicion principio y causa lucratiua, ex text. *in l. vnica, §. lucratiuas, C. de imponend. lucrat. descrip. lib. 10.* & sic iura disponentia de donatione intelligenda sunt etiam in legatis, quia in iure validum est argumentum à legato ad donationem, Ant. Gom. *lib. 1. var. cap. 12. n. 3.* August. Barbos. *in locis comm. argum. iur. loco 59. n. 1.* & à contractibus ad vltimas voluntates. Nicol. Euerard. *in suis topicis legal. loco 17. per totum.*

45 ¶ De suerte, que ajustado ya que la disposicion y parte del codicilo que toca a Iuan Frãcisco de Baños, ha de seguir la naturaleza y calidad de la que mira a su padre, por considerarse en ella la misma razon, y auerse hecho por su contẽplacion, y estando debaxo de su patria potestad; y que lo mismo que està dispuesto en las donaciones y demas contratos lucratiuos, se ha de entender del dicho codicilo, y que la prohibició de instituir al padre, tiene extension en este caso, en la parte q̃ el hijo fuere instituido. Correra con llaneza la conclusion que señalamos por intento deste Articulo.

46 ¶ Y asi dezimos, que la disposició del codicilo, en que Domingo Perez dexò nombrado al Doctor Baños por Patrono, y a Iuan de Baños su hijo, niño de dos años, por Capellan desta

Cape-

Capellania; y que mientras el hijo se ordenare, goze la renta della, es nula y prohibida, como hecha en fauor de Medico, que le curaba de la enfermedad de que murio el dia siguiente, y de su hijo constituido debaxo de su patria potestad. Es texto expresso la *l. Medicus 3. ff. de varijs, & extraord. cog. l. Archiatri 9. C. de profess. & medi. lib. 10.* & licet Bal. in *l. interpositas, n. 5. ad finem, C. de transact.* & Matth. de Afflic. *decis.* 123. voluerint *d. l. Medicus,* solum intelligendam de improbo Medico, qui malignè curationem differt; malis vtens medicamentis, vt maiorem impressionem ægro faciat. La verdadera y recibida sentencia es, que estas leyes proceden indistintamente en qualesquier contratos, pactos y conuenciones, entre el enfermo y Medico que le cura, y mucho mas en los lucratiuos y graciosos. Et ita cum eis transeunt indistinctè Bart. & Albericus, in *d. l. Medicus,* Abb. in *cap. quia pleriq; n. 34. de imm. Eccles.* Ioann. de Plat. in *d. l. Archiatri, n. 2. per tot.* quo loci æquiparat pactum infirmi cum Medico durante ægritudine, pactis vxoris metu viri, & subditi respectu officialis. Cagnol. in *l. 2. C. de rescind. vend. n.* 191. Magon. *decis. Florentina* 11. *n.* 19. Georg. Caued. *decis.* 19. *n.* 5. *p.* 1.

47 ¶ Omnium optime Ari. Pinel. in *d. l. 2. C. de rescin. vend. 2. p. cap. 2. n. 32. & 33.* vbi citat gloss. in *l. 1. §. si cui,* verbo *suspensa, ff. eodem, de varijs, & extra.* & gloss. in *l. quisquis, §. præterea,* verb. *contractum C. de postul.* acutissimèque vt adsolet Baldo (aunq̃ no auia menester otra nota, que la aficiõ a la medicina, que professò antes que los Derechos) & Afflict. satisfacit. Petr. Rebuf. *ad Reg. const. Gallic. 2. to. tract. de rescis. contract. in præfat. n. 29. & 30.* vbi in hæc verba: *Idem tamen est quando æger proprio motu, & spontaneo promitteret durante infirmitate, vt scribit Hyppolitus in l.* (oluidòse en la Impréta qual; mas es

es la l. *Lege Cornelia* 4.) § *constitutum de sicarijs, ff. quia semper promittere coactus infirmitate præsumitur.* Idem tenet Ranchinus vbi sup. *ad d. decis.* 102. *Guidonis Papæ.*

48 ¶ Pinellũ, & reliquos sequuntur, & approbant ex nostris. Azeued. in *l* 10. *n.* 1. *per tot. d. tit.* 16. *lib.* 2. *nouæ compil.* Ioan. Guti. *de iur. confir. p.* 1. *cap.* 58. *a n.* 28. *vsque ad fin. cap.* vbi *d. l. Medicus*, generaliter intelligendam ait, etiam si non interuenisset malitia Medici, neque mala curatio, & præter relatos citat Ripam, in *tract. de remed. præser. contra pestem, num.* 84.

49 ¶ Es la razon desto, que la salud es inestimable, y por alcançarla dara qualquiera todos sus bienes, vt recte asserit Lucas de Pena, in *d. l. Archiatri, n.* 1. per text. in *l. penul.* § *fin. ff. de donat.* & Andreæ. Alcia. *emblem.* 152. cuius inscriptio est, *ære quãdoque salutem redimendam*, hablãdo del Castor dize.

Huius ab exemplo, disces non parcere rebus,
Et vitam vt redimas hostibus æra dare.

50 ¶ Y porque la regla quod exemplis nõ iudicandum, sed legibus, de la *l. sed licet, ff. de offi. Præsidis*, se ha de entender solo de los malos y erroneos, y en cosas claras, pero no en las que tienen alguna duda, in quibus exemplis iudicare licet, Cephal. *conf.* 25. *n.* 16. Surd. *conf.* 311. *n.* 17. *& conf.* 454. *n.* 45. aunque tenemos en nuestro fauor tantas leyes y Doctores como se ha visto, para cerrar esta conclusion con llaue de oro, dezimos, que en esta cõformidad, y en estos terminos, ay cosa juzgada del Parlamento de Tolossa, vt refert Gerar. Maynard. *decis. Tholossanar. lib.* 3. *decis.* 73. *per tot. vbi n.* 4. respondet Afflict. & ita notanter ait. *Aegroti qui in Medicorum manu, & potestate sunt, promittere, & contrahere cum Medicis, ideo semper censentur, ne eorum odio sanitas periclitetur, aut etiam ab ijs deserantur, qui*

 veluti

489

veluti claues prospera, & aduersæ valetudinis in manibus habent, & propterea, &c. Es singularissima toda la decision, y assi suplicamos a V.m. la mãde ver.

51 ¶ Queda a nuestro parecer fundado con lo que se ha dicho, que el dicho codicilo de Domingo Perez es nulo, ilicito y prohibido, sin que pueda auer cosa que contraste con firmeza la certeza desta resolucion.

52 ¶ Basteles pues, señor, a los Medicos, q̃ tengan toda la finca de su bien en nuestros males, como dixo agudamente el P. Bernardo Bauhusio Iesuita, entre sus Epygrammas.

Res misera Medicus est, cui nunquam benè est,
Nisi malè sit quam plurimis.

Contentense con aprender en nuestros peligros, y hazer nueuas experiencias en su facultad, a costa de nuestras muertes. Que dixo Plinio en el lugar citado, *d.lib.29. cap.1. Discunt periculis nostris, & experimenta per mortes agunt.* Sobrados caminos ha hallado la malicia y codicia para sus medras; no brote aora esta secta de Heredipetas; no quede executoriado en tiempo de V.m. este nueuo daño, que si no se ataja con exemplo y desengaño, cundirà desdichadamente, ocasionando cada dia mayores inconuenientes y miserias.

53 ¶ Persuadase los Medicos (hablo de los que faltaren al cumplimiento de sus obligaciones, sin detraer en algo al honor debido a los Medicos y a la medicina, tan loable y venerable lo vno y otro, como encarecen Celio Rhodiginio, *d.lib.29.cap.11.per tot.* y Aurelio Casiod. *d.lib.6.epist.19.per tot.* Bart. Casan. *in catal. gloriæ mundi, 10.p. consideratione 25.* y otros muchos: y con gran razon, pues nos dize el Eclesiastico *c.38. Honora Medicũ, &c.*) que del enfermo no han de sacar mas vtilidad que la de su estipendio justo, para si, ni para

otros,

otros;y que no hā de abusar del imperio q̃ les dexamos fundado *supra a n.30.* seales escarmiento el Doctor Baños, renouador desta exquisita ambicion, y por esso mas culpable, como considerò Seneca en el *lib.1.de clement.cap.23.* porque desembonluiendo aora esta traza, y presentandola a los ojos del vulgo, quita a los demas el empacho de intentar, las que quiza se huuieran cometido, si como aora tuuiessen exemplo que seguir.

54 ¶ Y si se dize, que quæ de nouo emergunt nouo indigent auxilio, & in rebus nouis, nouum est consilium suggerendum, *l.1.in princ. ff.de ventr.inspiciendo,* Marcus Ant. Monach. *decis. Lucēs.* 21.*n.*32. nouisque morbis noua conuenit antidota preparari, *cap.cæterum de iur.calum.* Ant. Thesau. *decis.*239.*a n.*11. y que es conueniente a la Republica, que con la nauaja y el fuego se ataje el cancer de la contagion, antes que cunda, aunque se pecasse en algo contra el rigor de las leyes, que es lo que sobre la muerte de Pedanio Segundo, Gouernador de Roma, votò Cayo Casio, y decidio el Senado, in Cornelio Tacito, *lib.13. annal.in Nerone,* ibi: *Omne magnum exemplum habet aliquid ex iniquo, quod publica vtilitate compēsatur.* Claro està, que donde concurren cō la causa y salud publica, dos remedios tan fuertes, antiguos y justos, que cada vno bastaba para assegurar la justicia al Licenciado Cruzado, se ha de seguir en todo determinacion en su fauor.

55 ¶ Sin que la embaracen las piedades y pobreza que el Doctor Baños pondera en sus peticiones y de palabra, porque con este pretexto no se han de pretender cosas injustas e ilicitas; como lo dize y funda V.m. doctissimamente en su alegacion, o con mas propiedad, tratado absolutissimo, por doña Ysabel de Mardones, num.215.

por

por todo el; & Mucius Recchus, in *allegatione quæ est impressa in tractatu Pascalis de virib. pat. potest. lib. 4 post cap. 6. in fine, pag. mihi* 670.

56 ¶ Ni el esfuerço, vt tandem aduersæ partis obiectis fiat satis, que con tan poco fundamento se haze, en si el Licenciado Iuan Cruzado tuuo noticia, o no, de su reuocacion, y si sobre ello consultò Letrados: porque ellos le assegurarian la justicia que aqui se ha fundado; y pudo conocer, que la segunda disposicion del codicilo, como nula, no constituìa la suya en mala fè, que es la calidad de lo que en si es ninguno, maxime in testamentis: cum sit certum, quod & si secundum testamentum tollat primum, hoc tamẽ fallit, quando secundum fuit nullum, & inualidũ, *l. si iure*, vbi Bart. *ff. de legat. 3. §. posteriori, inst. quibus mod. test. infir.* Roland. à Valle, *cons. 33. vol. 1. n. 4.* vbi inquit procedere etiam si in secundo extet clausula cassans, & annullans, sequitur Petr. Surd. *cons.* 202. *num.* 17.

57 ¶ Ni si fue necessario citar al Doctor Baños, porque con los editos que precedieron à la colacion se satisfizo à todo. Ex Ioan. Garc. *de Benef. p. 9. cap. 4. a num. 1. vsque ad* 14. quia ad prouisionem Cappellaniæ sufficit citatio per Edictũ, quæ parat præiudicium omnibus interesse putatibus, & habetur ac personalis citatio. Hiero. Ceuall. & plures quos citat, *q. 809. n. 20. cum 2. sequent. & nu.* 34. Et ita pronuntiandum speramus, salua in omnibus V. D. D. C.

L.do Don Diego de Carvajal.